30

RESPVESTA A LA INFORMACION EN DERECHO, HECHA POR PARTE DEL Licenciado Pedro de Bohorques; En el pleyto de acreedores a los bienes de Manuel Santos de Saldaña.

EN EL ARTICVLO CON EL DOCTOR DON Pedro de Abaunza, Abogado desta Real Audiencia, como marido y conjunta persona de Doña Iosepha Ariasmontano, hija del dicho Manuel Santos de Saldaña, y Doña Maria de Salas su muger.

EN La primera informacion hecha por parte del dicho Doctor Don Pedro de Abaunza en fauor de la dicha Doña Iosepha Ariasmontano, se fundó latamente su justicia, y se respondio a las dificultades, que auia mouido la parte del Licenciado Pedro de Bohorques; y assi tan solamente se responderà a los fundamentos propuestos en fauor del dicho Licenciado Pedro de Bohorques, que son los que se siguen.

PRIMVM FVNDAMENTVM.

N. 1. FOlio 5. se dize, q̃ la dote prometida a la dicha D. Iosepha Ariasmontano fue en cierto, y determinado matrimonio con Antonio Pastor, en cuyo fauor se hizo la dicha promessa, la qual no pudo produzir accion, por no auer tenido efecto el dicho matrimonio, y auer sido condicional la dicha promessa, y no auerse cumplido la dicha condicion.

Respondese, que la dicha promessa dotal fue pura, no condicional, porque la causa final de la dicha promessa fue la dicha Doña Iosepha, como se fundò en el num. 13. y 30. de la primera informacion, y en todos los fundamentos del punto 1. à nu. 10. vsque ad 21. Y esto cõsta con mas claridad ex sequentibus.

2 Omite el Abogado contrario la distincion tan celebre, y juridica, q̃ comunmente ponen los Doctores en la dote prometida por el padre,

y la que promete el estraño, pues la que promete el padre no se puede dezir es condicional, sino pura por la obligacion natural, y afecto que tiene de dotar a la hija, y porq ella es la causa final de la dicha promessa, aunque sea para matrimonio tratado con cierta, y determinada persona: y la que haze el estraño es mirando a el matrimonio tratado, que es la causa final, y que haze condicional la promessa, *Paschalis* 1.*p. cap.* 4.*num.*109.*Acacius Rip. variarum cap.*9.*nu.*241. Mayormente, porque la dicha promessa dotal fue hecha por quenta de la legitima de la dicha doña Iosepha, que la hizo pura, *siquidem in legitima grauamē, neque conditio imponi potest, Fontanella quamplures referens, claus.* 5. *glossa* 10. *p.*1.*num.*28.*&* 29.*sic Couarrubias de testamentis, cap.* 3.*num.*12.*vers. octauo à mente, Menoch. de præsumptionibus, lib.* 4.*præsump.*146.*nu.* 31. *Baldus cons.*248.*Franciscus Marcus decis.*839.*nu.*1.*&* *decis.*860.*nu.*3.*&* 4. *Viuius decis.*484.*nu.*2.*lib.*3.*Ant. Fab. in Codice, lib.*6.*tit.*25.*diffin.*9.*Mastrillo decis.*79.*nu.*8.*& alij quam plurimi ab his relati.* Y assi confunde estas doctrinas el Abogado contrario, poniendo vna regla general sin distincion de padre, y estraño, en que dize, que la dote prometida en cierto, y determinado matrimonio es condicional, y mediante esto las doctrinas que trae no hablan en este caso; y assi mesmo hablan en el estraño la ley dotis promissio 68. vt est glossa in casu, y la ley stipulationem 21. cum sequenti, y la ley sponsalibus 58. y la ley si ego 9. ff. de iure dotiū.

3 Y la ley plerumque 10.§. si ante matrimonium, la ley promittendo 41.§.1.ff. de iure dotium, tratan de la accion que se le adquiria a el marido virtute stipulationis secutis nuptijs; y no auiendose conseguido dizen, que no tiene accion para pedir la dote, porque quo ad maritum resoluta fuit stipulatio, & dotis promissio: y en quanto a la muger queda firme, siendo la promessa hecha por el padre, o por el estraño, que aliàs erat donaturus ex l. si extraneus. l. si donaturus, ff. de condit. causa dat. caus. non secut. y exornaremos esta distincion infra num. 7.

4 Y la ley matrimonij 21.ff. qui & à quibus. cum l. si quid earum 47.§. 1. inter emptorem, ff. de legatis 3. l. si inter virum 24. ff. de pactis dotalibus, ni hablan de promessa dotal, ni son de nuestro caso.

5 En el fol.6. versic. lo segundo, se pretende probar, que el dicho Antonio Pastor fue la causa final, y a quien se le prometio la dicha dote, ponderando para este efecto las palabras del instrumento dotal, que ordinariamente se ponen en todas las cartas de dote, y dellas no se puede induzir causa final, sino impulsiua, *quia non est curandum cum quo quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. l. cum pater* 77.§. *donationis* 26.*ff. de legat.*2.& latius probavimus en la 1. informacion, nu. 20.

. Y aun-

Y aunque parece no necessita de mas respuesta esta objeccion, referirè las palabras de la dicha carta de dote, que manifiestan ser la causa final la dicha doña Iosepha, ibi: *En dote, y caudal con la dicha Doña Iosepha Ariasmontano nuestra hija, e por su propio dote, e caudal conocido.* Et infra: *Por quenta de la dicha dote, que assi prometemos, e mandamos con la dicha nuestra hija.* Et inferius; *Son, y la dicha doña Iosepha Ariasmontano nuestra hija los ha de recebir, e lleuar para en quenta, e parte de pago de nuestra legitima*, vbi notanda sunt illa verba, *los ha de recebir, y cobrar*; de que se manifiesta la doctrina tan celebre de los Doctores, que dizen; *In dotis promissione duos introduci actus*, vno tacito, y otro expresso, porq̃ primero se dize, que el padre dà la dote a la hija, y que ambos despues la prometen a el marido, *textus elegans in l. ex morte 9. C. de pactis conuent. quoniam, & alio pro ea offerente dotem ipsa eam pro se videtur offerre. l. vnic. §. accedit. C. de rei vxor act. Galganetus de iure publico, lib. 3. tit. 99. num. 4. & diximus in 1. alleg. nu. 20.*

6 En el fol. 7. versic. y cierto, y a la buelta, hasta la linea final, & fol. 8. para probar, que por auerse casado segunda vez doña Iosepha sin interuencion de su padre, y auer sido nulo el primer matrimonio que contraxo, no puede pedir la dicha dote, se traen la *ley si vt proponis 7. C. de nupt. § si aduersus ea, inst. de nupt. l. quod Seruius 8. ff. de condit. causa dat.* la *ley hæc conditio 10. ff. de condit. & demonstr.* los quales textos hablan de matrimonios prohibidos, y contraydos contra expressas disposiciones de derecho, que ipso iure son nulos, y la pena que se les impuso a los cõtrayentes cõforme a el principio, *vsque ad §. si aduersus ea, inst. de nuptijs*, fue la dicha nulidad ipso iure, y que no huuiesse dote, ni nombre de matrimonio; y assi no se pueden traer a nuestro caso, porq̃ en el no ay matrimonio prohibido por derecho, & latius probatum est en la 1. informacion, num. 25. & 26. antes de la dicha ley hæc conditio de cõdit. & demonstr. se prueua que aun en la dote condicional se cumple la condicion en el segundo matrimonio, etiam si testator de primo nuptiali iugo censerit, vt diximus in 1. allegat. nu. 21. Y assi truncò este texto el Abogado. Tambien se citan para comprobacion de lo referido la *ley si filia 5. ff. de dibort. & repud* que habla en caso, que la hija maliciosamente se diborcia, para que se le adquiera a el marido la dote, porq̃ se auia hecho pacto, de que si la hija se muriera en el matrimonio se le boluiera a el padre la dote, y en otro qualquier caso se le adquiriera a el marido, y por defraudar a el padre se diborció; por lo qual, y porque se le seguian dos perjuyzios; el vno de perder la dote, y el otro de auer de dotar segunda vez a la hija si se casara, ex l. fin. C. de dotis promissione,

 dize

dize el Consulto; *Danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.*

Y la ley 3.ff.soluto matrimonio habla de la accion, que a el padre, y a la hija le compete para la repeticion de la dote soluto matrimonio, q̄ era comun a entrambos, para que el padre la guardara, y conseruara para otro matrimonio, Authent.sed quamvis, C.de rei vxor.act. & diximus 1.allegat.num.41.& 42.con lo qual consta no ser de fundamento los textos en esta parte referidos.

7 En el fol. 7. a la buelta, versic.primo, se trae el texto en la ley serua seruo 39.§.fin.ff.de iure dotium, para probar que contrayendose matrimonio nullo ratione impotentiæ, sicuti nullum est matrimonium, ita & nullam esse dotem, & dotis promissionem, sed respondetur, que en el matrimonio nulo dize el texto, que para en quanto a el marido, ni ay dote, ni ay accion para pedirla; porque *quo ad illum resoluta fuit dotis promissio*, y respeto de la muger si, *nam quo ad eam remanet firma*, y tiene accion para pedirla, siendo prometida por el padre, como se colige de la ley 2.§.sponsa de priuilegijs creditorum, ibi: *Tamen æquum est hanc ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. l si cũ dotẽ, §.fin.ff.soluto matrimon. quia tunc promissio quo ad maritum resoluitur, & remanet firma quo ad mulierem, vt in l.si extraneus.ff.de condit.causa data, sic Galgavetus de iure publico, lib.3.tit.99.nu.56. Paschalius de viribus patriæ potest.1 p.cap.4.nu.109. & 110. Decius cons.35.*

8 En el fol.8.versic.quarto, se pretende probar, que no contrayendose el matrimonio con la persona q̄ auia tratado, siuè promissio facta fuerit à patre, siuè ab extraneo, no se puede pedir la dote, & ponderatur textus in l.Titio centum 71.§.Titio genero, ff. de condit.& demonstr. Sed respondetur, que esta ley habla de vn legado modal dexado, tan contemplatione filiæ, quam generi, en que se pudo poner qualquier grauamen, por no ser de cantidad q̄ la hija auia de auer por su legitima, secus en nuestro caso, por ser promessa dotal hecha por quenta de la legitima, in qua nullũ grauamẽ, neque conditio apponi potest, vt tenet Castrensis in d.§. Titio genero, nu.8. versic. circa secundum articulum, & latius à nobis comprobatum est supra num. 2. y en la primera informacion, num.30.

9 Demas de que quando la promessa dotal en nuestro caso se quisiera dezir fue cõdicional, que no es, sino pura por el primer matrimonio, q̄ fue putatiuo, se cumpliera la dicha condicion, & probatur ex decis. Seraphini 503. sufficit enim quod nuptiarum accedat festiuitas. l. sancimus, C.de nuptijs.

En

10 En el fol.9.versic.lo sexto, se pretende, que por la dicha promessa de dote no se le pudo adquirir accion alguna a la dicha doña Iosepha cõtra sus padres, porque la promessa, y pacto, que dize se contraxo en las capitulaciones matrimoniales, fue entre sus padres, y Antonio Pastor, que la aceptò, y ella no interuino a esto; mediante lo qual dize procede la disposicion de la ley si pater 5.C.de dotis promissione, & l.si socer 44. §.Lutius, ff. soluto matrimon. dum ait text. *non tibi sed marito, contra successores soceri competit actio.*

11 A lo qual se responde, que mediante la fuerça de la estipulacion hecha nominatim a el marido (vt in illis verbis legis, *si pater marito stipulanti promisserit dotem*) se le adquiria a el marido el exercicio de la accion despues de celebrado el matrimonio, y despues de dissuelto la muger tenia accion para repetir la dote de los herederos del marido; y en caso q̃ no se siguiera el matrimonio para cobrarla de su padre, porq̃ en este caso dotis promissio resolvitur quo ad maritum, y queda firme quo ad filiam, sic Paschalis de virib. patr. potest. 1. p. c. 4. n. fin. cuius hæc sunt verba: *Vel tertio dicamus dictam. l. si pro te pater, procedere, quando matrimonium cum effectu contractum fuit, quo casu non mirum si filiæ non competit actio, contra patrem promittentem dotem: dum enim ex dotis promissione duos probauimus actus resultare vnum, scilicet tacitæ donationis ad beneficium filiæ, & alium expressum in beneficium viri, cui postea censentur ambo dotem promittere; certum est, quod si matrimonium non sequitur, illa promissio quo ad virum resoluitur, tãquam causa non sequuta, sed remanet effectus tacitæ donationis in beneficium filiæ, cui perfectè, & irreuocabiliter fuit statim ex sola promissione ius quæsitum, & illa actio cuius exercitium fuerat conditionaliter ad virum translatum si nuptiæ sequerentur, remanet penes eam, vt supra benè fundauimus, dum autem matrimoniũ sequitur, tunc omnis actio videtur in virum transferri, & ideò cessat actionis exercitium in ipsa muliere, censetur enim facta quædam delegatio viro, vt ipse exigat à patre promittente.* Y assi la ley si pater en quanto dize no le compete la accion a la hija, procede contracto matrimonio, & dum maritus viuit, non autem non contracto matrimonio vel iam dissoluto; porque en este caso puede pedir su dote, l. ex morte 9. in fin. C. de pactis conuent. l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor. act. ibi: *Tunc præsumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, vt ei dos ex huiusmodi casu accedat.* Guido Papa fortissimis rationibus satisfacit decis. 375. vbi sic decissum testatur. Isernia in cap. 1. num. 24. versic. si vero de natura success. feud. Galganetus de iure publ. lib. 3. tit. 99. à nu. 59. cum seqq.

12 Emos dicho que se le adquiria a el marido el exercicio de la accion

en los textos referidos, no por la contemplacion que el padre tiene a el matrimonio tratado, sino porque la formula de la estipulacion se guardaua tan estricta, y apretadamente, que no se apartauan de lo que sonauā las palabras, gloss. in l. seruo legato 69. §. si testator, verbo enim, ff. de legat. 1. y se manifiesta de la ley si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus, ff. de verborum oblig. donde dize el Consulto, que si vn liberto en nombre de su patrono prestò a vno 100. y estipulò se le pagassen, los podrà pedir su patrono por auer sido hecha a el nominatim la estipulaciō; pero que si destos 100. estipula despues las vsuras sin dezir el nombre de aquel a quien se auian de pagar, se entiende ser hecha la estipulacion a nombre de el liberto que contraxo, y que le han de obligar a que las ceda a su patrono, porque siempre se atiende en la estipulacion a la formula de las palabras; y como las estipulaciones dotales se hazian a pagar a los maridos, aunque las dotes se prometian por contemplacion de las hijas, ellos solos podian pedir las dotes, y exercer la accion constante matrimonio.

13 Todo lo qual no tiene el dia de oy lugar en nuestro caso, porque no ay estas estipulaciones, antes ellas, y sus formulas estàn quitadas por la ley 2. de el tit. 16. lib. 5. nouæ Recop. por la qual se manda, que de qualquier manera, que vno se quisiere obligar quede eficazmente obligado, sin que se atienda a la dicha estipulacion, sic itaque non debet attendi his iuris communis subtilitatibus, por estar derogadas, sino a la verdad, y pureza del hecho, vt in cap. dilecti filij de iuditijs in antiquis, ibi; *Prouideatis attentius, ne ita subtiliter sicut à multis fieri solet, eiusmodi actio intentetur inquiratis: sed simpliciter, & pure factum ipsum, & rei veritatem secundum formam Canonum, & Sanctorum Patrum instituta inuestigare curetis.* Y como quiera que los padres de doña Iosepha le prometieron la dicha dote, eficazmente quedaron obligados, porque a lo que atendieron fue a dotar a su hija, como consta de la carta de dote, ibi: *Para que la dicha doña Iosepha Ariasmontano nuestra hija los aya, y tenga por su propio dote, y caudal conocido.* Y aunque a el principio de la dicha carta de dote se entre hablando con el dicho Antonio Pastor, la causa final de la promessa dotal fue la dicha doña Iosepha, como se dixo en la primera informacion, nu. 20.

14 Y se haze mas euidente esta verdad con la distincion q̄ haze el Cōsulto entre la dote, que el padre prometia por estipulacion por su hija, y la que el dexaua por legado en la ley cum pater 29. ff. de iure dotiū, donde atendiendo a la formula, y palabras de la estipulacion, dize, que el yerno tenia la accion para pedir la dote, que estipulaua, y la hija para

cobrar

cobrar la q̃ se le dexaua por legado; y es la razõ, porq̃ como en el legado no interuenia esta estipulaciõ, y la hija es la causa final, dize le cõpete la accion, ibi: *Dos enim ex promissione marito debetur, legatum filiæ.* Y en el legado de dote se prueua lo mesmo de la ley seruo legato 69. § si testator, ff. de legat. 1. in illis verbis: *Veluti si filiæ nominæ genero, aut sponso dotem dare iusserit, non enim gener, aut sponsus, sed filia habet actionem cuius maximè interest.* Con lo qual queda bastantemẽte satisfecha la dicha ley si pater, y la ley si socer 44. §. Lutius, ff. solut. matr.

15 En el fol. 9. a la buelta, versic. septimo, cita la parte cõtraria a Mieres, Molino, Angulo, y señores Molina, Don Iuan de Larrea, Don Iuan del Castillo, y a Fontanela, para comprobacion de que non sequuto matrimonio non debetur dos; mas todos los Autores referidos hablan en diferente caso que el nuestro, porque el señor Don Iuan Bautista de Larrea, Molino, y Fõtanela en los lugares citados, y Mieres en el nu. 5. hablan de vna donacion propter nuptias, y dizen, que non sequuto matrimonio, la puede reuocar el padre, con que suponen ser valida, etiam non sequuto matrimonio, y ser necessario reuocarla; demas de que quãdo no fuera necessaria la dicha reuocacion, hablan en caso de mejora de tercio y quinto, y de vinculo, y donacion propter nuptias, hecha a el hijo de bienes extra legitimam; en la qual se pueden poner qualesquier grauamanes, y condiciones, porque el padre no tiene obligacion, neq; potest compelli a hazer a su hijo la dicha donacion propter nuptias. Y a la hija tiene obligacion natural de dotarla. l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum; por lo qual en la dote prometida a la hija intra legitimam, como en nuestro caso no le puede imponer grauamen, ni condicion, sic eleganter distinguit Angulo de meliorat. l. 1. gloss. 7. n. 10. y los señores Luys de Molina, y don Iuan del Castillo hablan en materia de mayorazgo, y excesso de legitima, a cuyos lugares se satisfizo en la primera informacion, nu. 30. vsque ad 37.

16 En el fol. 12. a la buelta, versic. neque obstat tertium, se dize, que la clausula del instrumento dotal, que trata de la restitucion de la dote, cõtiene estas palabras: *Que dissuelto el matrimonio por diborcio, o por muerte, o por otra causa de las que el derecho permite*, se le huuiesse de restituyr la dote a la dicha doña D. Iosepha, y q̃ esto supone entrega, y no auiẽdo la recebido Antonio Pastor no està obligado a restituyrla. Lo segundo, que en las dichas palabras se presupone auer de preceder matrimonio valido, porque no se podia dissolver de otra suerte.

17 A que se responde, que auiendose dicho en la carta dotal, que el dicho Antonio Pastor restituiria la dicha dote a la dicha Doña Iosepha, se

refieren en ella estas palabras, y no las que la parte contraria supone, expressando en que casos se ha de restituir, *cada vez, e quando sucediere per muerte, o por diborcio, o por otra qualquiera de las causas, que el derecho permite, &c.* De estas palabras se vale la dicha Doña Iosepha para probar que ella fue la causa final de la promessa dotal, pues el padre, y madre hizierō pacto, de que se le restituyera la dote; y siendo la susodicha la causa final de la promessa dotal fue pura, y no condicional, ni necessario, q̄ se cōsiguiesse el dicho matrimonio, pues sus padres hizierō pacto expresso de la restitucion de la dicha dote en su fauor, vt in l. si extraneus, ff. de cōdict. caus. dat. ibi: *Nisi forte euidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, vt ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret.* Y estas palabras concuerdan con el pacto expresso de restitució de la dote a la dicha doña Iosepha, y las demas abaxo. *Sed si pater pro filia det, & ita conuenit, nisi euidenter aliud actum sit, condictionem patri competere, Marcellus ait;* pues lo que euidenter actum fuit, en nuestro caso fue el pacto de que se restituyesse la dote a la dicha doña Iosepha, & dixi en la primera informacion, nu. 18.

18 Y el dezir que en el caso de la dicha ley si extraneus no se pudo adquirir acciō a la hija por la promessa dotal, porque estaua en la potestad de el padre, ex l. donationes, §. pater qui filiæ, ff. de donat. cum alijs abhorret à regulis iuris, porque ex causa dotis, la hija constituyda in sacris paternis es capaz de adquisicion de donacion hecha por el padre. l. Pōponius Philadelphus, ff. famil. herciscund. & latius probaui en la primera informacion, num. 9. Y la dicha Doña Iosepha no pide en este pleyto cosa alguna al dicho Antonio Pastor, sino a los bienes de sus padres, mediante la accion q̄ se le adquirió contra ellos por la dicha promessa dotal, & latius probaui en la primera informacion, nu. 18.

19 En el fol. 13. a la buelta, versic. nec obstat, responde el Abogado a la ley 2. §. sponsa, ff. de priuileg. creditor. y dize, que en el caso de aquel texto le pertenece a la muger vna acciō personal priuilegiada a los demas acreedores, y no hypoteca tacita con los priuilegios dotales; y que se engaña Pascalio, que dize le compete esta accion hypotecaria. A que se responde, que no solo Pascalio, sino tābien Acurcio in d. l. 2. §. si sponsa, ff. de priuileg. creditor. Galganetus de iur. publico, lib. 3. tit. 99. n. 92. Silvano cons. 2. nu. 86. idem Galganetus 2. p. dict. tit. num. 65. dizen tiene accion hypotecaria, y que especialmente el dia de oy tiene la dicha hypoteca, sic Bald. Nouellus de dote, 1. p. n. 16. & 17. & alij innumeri.

20 Pero nuestro caso es muy diferente, que el de la dicha ley 2. §. sponsa, ff. de priuileg. credit. porque en el caso desta ley no se contraxo matrimonio

monio verdadero, ni putatiuo, y en el nuestro contractum fuit matrimonium putativum con el dicho Antonio Pastor; en el qual se dà dote, y priuilegios dotales, y accion hypotecaria, vt tenent Bart. in l sicũ dotem, §. fin. ff. soluto matrim. Salicetus in l. assiduis, C. qui pot. in pig. habeant. nu. 5. versic. quæro sexto. Negusantius de pignoribus, 4. mẽb. 2. p. nu. 104. Tiraquellus post leg. connub. gloss. 8. nu. 255. quam plures referens Barbosa in l. sicũ dotem, §. fin. num. 5. ff. soluto matr. Rodericus Xuarez intit. de las ganancias à nu. 2. Palacios Rubios in rubr. de donat. inter. §. 36. nu. 4. y otros muchos.

21 Y en quanto a dezir, que los priuilegios que se le conceden a la muger en la repeticion de la dote en el matrimonio putatiuo son respecto del marido, y no del padre todos los Autores, que para esto cita, ninguno habla en el caso, y lo resuelven en fauor de Doña Iosepha, Galganetus de iure publico, lib. 3. tit. 99. num. 92. & 93. y otros que se citan en la primera informacion, nu. 45.

RESPVESTA AEL ARTICVLO II.

22 EN Este articulo, fol. 15. se dize, que la dote que piden la dicha D. Iosepha, y el Doctor don Pedro de Abaunza es vna mera, y gratuita donacion, sin que tenga causa alguna onerosa, por auerse prometido en el primero matrimonio, que no tuuo efecto, y que siẽdo acreedor ex causa lucratiua, ha de tener posterior lugar a todos los demas acreedores, por serlo ex causa onerosa.

23 Lo qual es incierto, porque quien la pide es el Doctor don Pedro de Abaunza, como marido de la dicha doña Iosepha, y respecto del es causa onerosa, pues la ha de auer ad substinenda onera matrimonij. l. ex promissione 19. ff. de oblig. & act. l. pro oneribus, C. de iure dot. Fontanella de pactis unptialibus, 2. tom. claus. 5. gloss. 1. part. 1. nu. 40. Pinel in l. 1. C. de rescindenda vendit. 3. part. num. 62. vers. infertur, Don Iuan del Castillo lib. 3. quotidianarum, cap. 23. nu. 42. Gratianus regula 310. nu. 1. Valascus consult. 52. nu. 9. & alij innumeri.

24 Y el dezir, q̃ para que la promessa de dote sea hecha por causa onerosa es necessario que sea respecto de cierto, y determinado matrimonio, trayendo para este efecto la ley 17. de Toro en aquellas palabras, *O el cõtrato se huuiere hecho por causa onerosa cõ otro tercero, assi como por via de casamiento*; no tiene fundamento, porque dieramos que la promessa dotal, que se haze por vn estraño a vna muger, para que se case sin señalarle persona cierta, si esta se casaia con quien fuera su voluntad, la di

cha dote la auia de pedir el marido, como por causa lucratiua, quod quam absurdum sit patet, atque ita in his non inmoramur, demas que la ley 17. de Toro trata de los casos en que se puede, o no reuocar la mejora hecha por los padres, y dize, que quando se hizo por contrato oneroso, como por via de casamiento con otro tercero no se pueda reuocar, porque tiene ya adquirido derecho a ella; fuera de que por las palabras, *por via de casamiento*, no habla la ley de dote prometida a la hija, sed de donatione pro matrimonio, nam aliud est donatio pro dote, aliud pro matrimonio, vt in cap. fin. de re iudicat. sic Tello Fernandez, dict. l. 17. Tauri, num. 70. referens Guidonem Papam quæst. 145. Deciũ cons. 414. nu. 12. Bertran. cons. 227. vol. 2. n. 10.

25 Y quando lo referido no fuera tan euidente, como es, y doña Iosepha no se huuiera casado segunda vez cõ el Doctor D. Pedro de Abaũza, y oy pidiera su dote, aũque fuera acreedora ex causa lucratiua, quod plus est, con todo esso se auia de preferir a los acreedores ex causa onerosa, que despues della contraxeron, y tienen hypotecas, y a los personales anteriores, quia quamvis ab initio fuisset gratuita, & lucratiua illa obligatio, & hypothecæ cõstitutio postquam cõtracta fuit efficitur necessaria, sic Rodriguez de concursu creditorum, 2. part. art. 1. nu. 19. Particularmente, porque quando se le prometio la dote tenian sus padres de haziẽda casi sesenta mil ducados de plata libres, pagados sus acreedores; y assi no se puede dezir eũ qui tẽpore prior est, iure quoque potiorẽ non esse, porque aunque in priuilegijs prærogatiua ex causa æstimetur non ex tempore, in hypothecis tamẽ non ex causa obligationis, sed ex tempore hypothecæ prærogatiuam, aut prælationem accipimus sic Rodriguez vbi supra, Felicianus de censibus, lib. 3. cap. 5. nu. fin.

26 Y Iuan Gutierrez citado por el Abogado contrario, 3. part. cap. 15. de iuramento confirmatorio, no habla en la donaciõ hecha a la hija, sino en la que haze vn estraño, vt in num. 25. & 26. quia pater quãdo dotat filiam non dicitur propriè donare, sed debitũ soluere, sic Tello Fernandez in d. l. 17. Tauri, nu. 78. Decius cons. 35. num. 3. Paschalis de viribus patriæ potest. 1. p. cap. 4. nu. 78. alijs quam plurimis Gomez Arias in l. 15. Tauri, num. 5. Baldus cons. 323. nu. 2. lib. 3.

27 Y no obstan a esta doctrina tan cierta los textos citados en la informacion cõtraria, fol. 16. scilicet la ley inter eos 19. §. is quoq; ff. de re iudicata. l. verum 63. ff. pro socio. l. maritus 54. ff. soluto matrimon. authẽt. sed quamvis, C. de rei vxoriæ act. Porque se responde, que todos los textos referidos tratan del beneficio, nequis conveniatur vltra quã facere potest; y este es personalissimo, y solo le pueden alegar aquellos en

cuyo

cuyo fauor se concedio, no los acreedores, pues aun no le compete a el heredero el dicho beneficio. l. quia tale 13. ff. soluto matr. ibi: *Quia tale beneficium personale est, & cum persona extinguitur.* l. sciendum 25. ff. de re iudicata; y assi se entienden los textos referidos, quando el donante opone la excepcion de que no ha de ser conuenido, nisi in quantum facere potest; y en este caso, y no en otro hablan, y se han de entender, vt resoluit idem Rodriguez d. 2. p. art. 1. nu. 20.

28 Y en quanto a dezir, que la Authentica sed quamvis, no tiene lugar quando la hija se casa segunda vez despues de muerto el padre, y q̃ esta es doctrina de Barbosa in l. si cũ dotem, §. si pater, nu. 25. ff. solut. matrim. esto se entiende, como dize el mesmo Barbosa, quando la hija aceptando la herencia del padre, quiere por vna parte se le dè la dote, y por otra la legitima, dum inquit: *Neque enim regulariter filia legitimam, & dotem simul ex bonis paternis pretendere potest, vt colligitur ex authentica res quæ C. communia delegat. Panormitanus cons. 12. sed vel legitima, vel dote debet esse contenta.* Lo qual antes es en nuestro fauor, porque Doña Iosepha tiene repudiada la herencia de su padre, y solo pretende se le pague su dote.

29 En el fol. 16. a la buelta, linea 2. se dize, que la dote de la dicha Doña Iosepha la ha de auer por quenta de su legitima, y si quiere se estienda esta promessa a el segundo matrimonio ha de ser con la mesma calidad, que la aya de auer como legitima muertos sus padres, y que en este tiempo no ay bienes para pagar las deudas que tienen primer lugar que la legitima.

A lo qual se responde, que el dezirse en la carta dotal, que la dicha Doña Iosepha auia de recebir la dicha dote por quenta de su legitima, fue dando a entender, que la auia de traer a colacion, y particion con Iacinto de Saldaña su hermano, en caso que la dicha Doña Iosepha pidiesse la herencia de sus padres; la qual no pide el dia de oy, antes la tiene repudiada, y pide la dicha dote, como donacion irreuocable, que en su vida le hizieron por quenta de lo que auia de auer de su legitima; de la qual naciò accion eficaz en su fauor contra los bienes de su padre, ex l. fin. C. de dotis promiss. ibi: *Liberalitas itaque talis remaneat vera, & irreuocabilis, vt puro nomine, & liberalitas, & debitum suam sequantur fortunam.*

30 Porque aunque es verdad, que la legitima regularmente non debetur filijs in vita parentum, por fauor especial de la dote se le deue la legitima a la hija en vida de sus padres, sic Spino gloss. 11. num. 16. fol. mihi 275. his verbis: *Quo fit vt licet legitima nõ debeatur filijs in vita parentum,*

cum,l.1.§.si impuberi de collat.bon.hoc tamen est singulare fauore matrimonij. Y es en tanto grado cierta esta doctrina, que si el padre de iure cibili,no daua,o señalaua a la hija dote ygual a su legitima,iure contra eũ agebatur,Alex.cons.83.nu.2.lib.4. Decius cons.379.nu.13.Iasson cons. 69.nu.1.lib.Boerio decis.3.nn.11.Baldus cons.199.nu.4.lib.5. Craueta cons.236.nu.3.lib.2.Afflictis decis.160. vbi Vrsilis Salicetus in authentica res quæ,C.communia de legatis,nu.2.

31 Demas de que conforme a la ley 29. de Toro la hija tiene eleccion para escoger el tiempo de la promessa, o el de la muerte para ver si la dote cupo, o cabe en la legitima de su padre: y supuesto que no ay duda,que la dicha dote a el tiempo que se prometio cabia, tãpoco la pue de auer en q̃ se le aya de pagar de aquellos bienes q̃ le quedarõ afectos à tempore promissionis dotis;de que assi mesmo se comprueua considerarse la legitima el tiempo de la promessa de la dote; y esto lo cõfiessa el Abogado contrario,fol.16.versic.nec tunc obstat in fine,donde dize,que esto fuera cierto si doña Iosepha huuiera cõtraido el primer matrimonio,como se capitulò. Y siendo assi, que esto mira a dezir, que la promessa fue condicional,no siendo sino pura (como està probado) y que quando fuera condicional, estaua cumplida la condicion en el primer matrimonio putatiuo, no ay duda que le competa a la dicha Doña Iosepha accion para cobrar su dote.

RESPVESTA A EL ARTICVLO III.

32 EN El fol.16.a la buelta,articulo 3. se pondera la ley 53. de Toro, y se dize,que esta ley mira a el estado de la hazienda, que los padres tienen a el tiempo de la paga, y no a el de la promessa; sus palabras son como se siguen:*Si el marido,y la muger durante el matrimonio,casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote,o donacion propter nuptias, q̃ ambos la paguen de los bienes que tuuieren ganados,durante el matrimonio; y sino los huuiere, que basten a la paga de la dicha dote, y donacion propter nuptias,que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en qualquier manera.*Y assi mesmo se dize,q̃ qualitas illa:*Y sino los tuuieren, que basten,&c.* ad iuncta verbo;*que lo paguen de por medio de los otros bienes*,debet intelligi secundum tempus verbi.

33 Sed respondetur,q̃ la dicha ley de Toro no perjudica a la dicha Doña Iosepha,antes es expressa en su fauor, para cuya inteligencia se supone, que la razon que huuo de dudar en ella fue,si la dote prometida, y pagada por los padres, constante el matrimonio se auia de entẽder ser

paga-

pagada de los bienes ganancíales,o de los capitales de los padres,porque si despues de prometida,o entregada la dicha dote el padre contraxesse deudas,q̃ extinguiessen su caudal,si la muger pretendiera sacar su dote,se dudaua si la dote de la hija se auia de entender estaua satisfecha con la dote de la madre,o si se auia pagado de los bienes ganancíales,q̃ auia a el tiempo de la promessa. Y la razon de decidir,q̃ la ley dà,es dezir,q̃ si al tiẽpo de la promessa,y paga(q̃ fue todo a vn mesmo tiempo) auia bienes ganãciales,que dellos sea pagada la dicha dote, porque en la mitad de los dichos bienes se le auia adquirido a la madre el dominio cõforme a la ley 47.tit.28.partita 3.y los pudo obligar, hypotecar, y satisfazer cõ ellos la dote de la dicha su hija, mas sino huuiesse bienes ganancíales, se entendiera que de los capitales de los padres lleuaua la hija su dote, porque auiẽdose ambos obligado les toca el pagarla por mitad de los demas bienes,sic Ant.Gom.in d.l.53.Tauri,n.25.& probatur argumento textus in l.si dotare.l.finali.C.ad S.C.Velleianum.

34 His ergo suppositis dezimos,que la dicha ley 53.de Toro es expressa en fauor de la dicha Doña Iosepha, porque lo que en ella se dize es, que si vnos padres casaren a su hija,y la dotaren,que si entonces ay bienes ganancíales se ha de entender que se paga dellos la dote, y sino los ay,que se paga de los capitales de ambos por mitad,y que la paga se refiera en esta ley al tiempo de la promessa quando huuo bienes gananciales(porque prometer,y pagar fue vno contextu,como se vè ordinariamente en todos los casamiẽtos)se colige de aquellas palabras. *Y ambos le prometieren la dote,o donacion propter nuptias,que ambos la paguen de los bienes que tuuieren ganados durante el matrimonio*:las quales palabras; *Que tuuieren ganados durante el matrimonio*,referuntur a aquellas, *y ambos le prometieren*.Et sic qualitas illa:*Que tuuieren ganados durante el matrimonio,y sino los tuuierẽ que basten*,iuncta verbo,*le prometieren*,debet intelligi secundum tempus verbi,que es el tiempo de la promessa.

35 Y desta suerte,y no de otra se han de entender las palabras de la ley, porque se siguiera ser frustranea la distincion, q̃ la dicha ley haze entre los bienes ganancíales,y el capital, porque si como la parte contraria à dicho en todas sus alegaciones,no se pueden dezir bienes ganancíales, sino soluto matrimonio,y q̃ el dia de oy no los ay, que mayor efecto, o fauor puede hallar,ni considerar la ley,en que dissuelto el matrimonio se pague la dote a la hija de los bienes adquiridos constante matrinio,que de los capitales? pues soluto iam matrimonio, le pertenece tãto a el marido, como a la muger,y a qualquiera dellos q̃ quedare viuo,y a los herederos del difunto la mitad de los bienes adquiridos cõstan

tante el matrimonio,y su capital,y entonces no se dizen bienes ganan ciales, sino paternos,o maternos. Anton. Gomez in d.l.53. Tauri nu. 24. Y puesto que no le era fauorable a ninguno dellos,que se pagasse la dote de vnos,o de otros bienes,no tenia necessidad la ley mas q̃ de dezir, que la dote,o donacion propter nuptias, la pagassen marido, y muger por mitad,y sus herederos soluto matrimonio;y assi los bienes gananciales de que se haze mencion en la dicha ley,se ha de entender son los que extant constante matrimonio.

36 Y demas desto se siguiera vn absurdo, que la muger con licencia de su marido no pudiera enagenar los bienes,de que por derecho se le adquirió el dominio , o que siempre la obligacion que hiziesse la muger teniendo otros bienes,que los de su dote,como en nuestro caso, se huuiesse de entender,que primero enagenaua los bienes dotales, que los gananciales,quod omnino est contra la decission de la dicha ley 53. de Toro,que expressamente dispone, que primero se pague de los bienes gananciales,y no de los dotales.

37 Neque obstat la consideracion,que de contrario se haze,de que si al tiempo de la promessa no huuiere bienes gananciales, y los huviere al tiempo de la paga,no se pude dudar que la dote de la hija se auia de pagar de los bienes gananciales de los padres. Porque se responde,q̃ todo esto mira a fauorecer las dotes de las madres,por las razones referidas y de esto no se puede sacar consequencia contra la dicha D. Iosepha, pues no es bien dezir si al tiempo de la paga ay bienes gananciales , se ha de pagar dellos la dote de la hija; luego si al tiempo de la paga el padre à contraydo deudas no se pagara sino del capital, aunque los aya auido al tiempo de la promessa;porque auiendo quedado afectos a la obligaciõ, y promessa q̃ los padres hizierõ desde el dia de la fecha de la escritura,como deuda por ellos cõtraida en los dichos bienes se tiene d̃ pagar dellos,pues pudierõ enagenar,y obligar los dichos bienes;y si se vuiera de pagar de la dote de la madre,cessaua la causa final de la ley,y fauor,que en ella se introduze para conseruar las dotes de las madres.

38 Y en quanto a el lugar de Azeuedo,q̃ se trae,fol.17.versic. quod quidem, habla en diferente caso del nuestro,porque lo q̃ dize es, que si la madre q̃ juntamente con su marido prometio vna dote a su hija,renũciare las ganancias,si al tiempo de pagar la dote no las ay,que se pagarà de la dote de la madre; y en este caso no dize Azeuedo, que al tiempo de la promessa auia bienes gananciales,como en el caso presente;que si los huuiera no se podia dudar que huuiessen quedado hypotecados, y que dellos se auia de pagar la dote.

RES-

RESPVESTA A EL ARTICVLO IIII.

39 EN El fol.17.a la buelta, articulo 4.se dize, que la dicha D.Iosepha, y el Doctor don Pedro de Abaunza han de bolver, y restituyr las partidas, que huuieren recebido de los bienes de Manuel Santos de Saldaña, o q̃ las han de recebir en quenta, caso que tẽgan derecho para pedir alguna cosa. Responde el dicho D. Pedro, que està presto de recebir en quenta de lo que huuiere de auer las partidas que legitimamente constare auer recebido, no las que pretende el Licenciado Pedro de Bohorques, que son las siguientes.

40 Treinta y cinco mil reales, que se dize recibio Antonio Pastor, primero marido de la dicha D.Iosepha, porque el dicho Manuel Santos en su testamento declarò no auer recebido el dicho Antonio Pastor los bienes que montaron la dicha cantidad, sino auer quedado en su poder. A que no obsta el dezir, q̃ esta declaracion no les perjudica a los acreedores, porq̃ quando Manuel Santos de Saldaña la hizo no tenia cõcurso de acreedores, y se hizo mucho tiẽpo despues de auer muerto. Y el dezir, que D.Iosepha se apoderò de los bienes, que montaron 35U.reales, ni tal consta, ni puede constar con justificacion, porque si pararã en su poder, los huuiera recebido en quenta, como recibio la esclaua, y su hijo.

41 En el fol.18.versic.en quanto, se pretende se le ha de hazer cargo a la dicha Doña Iosepha de la mitad de los marauedises, que Iacinto de Saldaña su hermano cobrò de la Casa de la Contrataciõ, en virtud de poder, que como heredera del dicho Manuel Santos su padre le diò, y que auiendolo cobrado su procurador, es lo mesmo que si ella lo huuierà cobrado; y q̃ retiene sin titulo, ni causa alguna los dichos marauedises.

Sed respondetur, que esta pretension tuuiera justificacion si en poder de doña Iosepha huuieran entrado, o pararan los dichos marauedises, los quales entraron en poder de Iacinto de Saldaña su hermano, como consta del pleyto, desde fojas 342.Ramo 2.y del memorial ajustado por las partes, fol.3.respuesta 1.el qual los pagò a los acreedores hypotecarios, y q̃ en todo tiempo auian de ser pagados antes q̃ la parte contraria, consta del dicho memorial vbi supra, y de las cartas de pago presentadas desde fojas 328.Ramo 1.Con lo qual dize la dicha D. Iosepha, q̃ estando restituyda en contraditorio juyzio contra la aceptacion de la herencia de su padre, la dicha restitucion obrò recision de todo lo hecho, y del dicho poder q̃ diò à su hermano, el qual quedò heredero vniuersal, y con obligacion de dar quenta de todos los dichos marauedises,

dises,como la à dado,y de todo lo demas q̃ entró en su poder.l.quod si minor.§.restitutio,ff.de minoribus,Angel.consl.255.n.3.Barbas. cons. 9.n.12.lib.1. Y mediante esto todos los lugares q̃ trae el Abogado contrario,hablan en caso,q̃ el menor cobró,y parã en su poder los bienes, o marauedises.l.vnica,C.de reputationibus,vbi glossa communiter recepta;y no en el de nuestro pleyto,que consta no auer entrado,ni parar en poder de la dicha doña Iosepha marauedises algunos.

42 En el fol. 19. versic. en quanto,se dize,q̃ se le ha de hazer cargo a Doña Iosepha de los alimẽtos, que se dieron a Antonio Pastor. A que responde, que dentro de quinze dias de auerse casado con el susodicho le puso demanda de impotencia,y se salio de la casa de sus suegros,con q̃ no tiene fundamento esta pretension.

43 En el mesmo folio, versic. en quanto a la calidad de la moneda se pretẽde fundar,que la dote de la dicha Doña Iosepha se ha de pagar en vellon,por dezir,q̃ la Pragmatica del año de 25. dispone,q̃ no se puedã hazer obligaciones a pagar en plata de aq̃llo q̃ no se recibio en plata. A q̃ se respõde, q̃ la dicha Pragmatica no prohibe,q̃ vno se pueda obligar a pagar en plata vna donacion q̃ hiziere,sino q̃ en los contratos reciprocos,en q̃ el que recibio mercaderias, o vellon se obliga a pagar en plata no tenga obligacion de pagarla , sino vellon con los interesses de la dicha Pragmatica,que es diferente caso del nuestro; y assi no son de nuestro pleyto las doctrinas que se traẽ para dezir,que la dote no puede tener preuilegio de que se pague en plata, porque la dicha D. Iosepha no se funda en preuilegio, sino en vn instrumẽto publico,cuya expressa obligacion es a pagar en plata doble. Ex quibus videtur auerse de confirmar la sentencia del Iuez Ordinario,y assi lo esperamos. Salua en todo la dignissima correcciõ de V. S. cui hæc pauca libenter submitto.

Doctor Don Pedro
de Abaunza.